

DERECHO PENAL

LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NORMA DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO EN EL ART. 319 CP

PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO

Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cantabria

Sumario: La opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en la doctrina española considera que los apartados 1º y 2º del art. 319 CP contienen sendas leyes penales en blanco fruto de la remisión que implica la expresión «no autorizable». Según esta interpretación, el juez penal deberá acudir al Plan de ordenación correspondiente para determinar si la construcción, edificación o proyecto de urbanización es susceptible de ser autorizada o si se prevé que en el futuro lo pueda ser, en cuyo caso la conducta, aunque no cuente con autorización, no será típica. Igualmente en cuanto que ley objeto de remisión, la norma administrativa de planeamiento se integra en el tipo como ley penal y, por tanto, debe ser aplicada retroactivamente cuando sea favorable para el reo. Desde una perspectiva de política criminal esta solución es insatisfactoria. En este artículo se analiza si otra solución dogmáticamente fundamentada es posible. La revisión de la estructura típica del art. 319.1 y 2 CP en relación con la doctrina de los elementos lingüísticos del tipo pone de manifiesto que la remisión contenida en estos preceptos no es una ley penal en blanco y, por tanto, la norma de planeamiento no puede ser tratada como *lex mitior*.

Palabras clave: Ley penal en blanco; *lex mitior*, interpretación jurídica; principio de legalidad; principio de taxatividad; retroactividad, elementos lingüísticos del tipo; política criminal; ordenación del territorio.

Summary: Jurisprudence and criminal Literature in the Spain considers that paragraphs 1 and 2 of Article 319 CP contain blank criminal Laws result of the referral that involves the expression «not approvable». According to this interpretation the criminal court must

look to the appropriate urban plan to determine whether the construction, building or urbanization Project is likely to be approved or is expected that in future it may be, in which case it will not be a criminal conduct. Furthermore, if the urban planning law is integrated as criminal law, it should be applied retroactively if favorable to the defendant. From a criminal policy perspective this solution is unsatisfactory. In this article we analyze if another solution is possible. The revision of the structure of the article 319.1 y 2 CP in relation to the theory of linguistic elements of crime shows that the remission contained in these precepts is not a blank criminal law and therefore the urban planning law can not be treated as *lex mitior*.

Keywords: Blank criminal Law; *lex mitior*, exegesis, *nullum crimen nulla poena sine lege*, statutory definition, retroactivity, linguistic elements of crime, criminal policy statutory norms, planning.

1. Estado de la cuestión

Tras 15 años de vigencia del delito urbanístico en España y una opinión pública desencantada con el exceso de cemento, la corrupción y los escándalos urbanísticos, la reciente reforma del Código penal introducida por LO 5/2010, de 23 de junio, modifica el artículo 319 CP. A los efectos que aquí nos interesan, la reforma viene a redefinir el contenido de la conducta típica del primer apartado del precepto: la conducta típica original consistente en «llevar a cabo una construcción no autorizada» se convierte, tras la reforma de 2010, en «llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables». Es decir, se sustituye la vinculación de la conducta típica al acto administrativo (accesoriedad administrativa de acto)¹ por una vinculación a la norma administrativa (accesoriedad administrativa de derecho)². Esta modificación, en la práctica, tiene como

¹ Véase GONZALEZ GUITIAN, L., «Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente», en *Estudios penales y criminológicos*, 1991, T. XIV, pp. 109 ss. Véanse también DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona, 1994, p. 231 y DE LA MATA BARRANCO, N. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, Barcelona, 1996, p. 78. Es preciso advertir, sin embargo, que estas expresiones no tienen un significado unívoco en la doctrina española y en ocasiones son bastante confusas (en este sentido véase: DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Poenalis. La accesoriedad administrativa del Derecho Penal del Medio Ambiente*. [En línea] 1 de Marzo del 2000. Disponible en http://enj.org/portal/biblioteca/penal/derecho_penal_ambiental/29.pdf (www.enj.org [citado: 15 de enero de 2010])).

² En expresión de BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007, p. 180: «la máxima relación de contrariedad con las normas urbanísticas, pues

efecto que se desvincula al Juez penal de la decisión administrativa previa de carácter singular —autorización— y se le dota de un ámbito mayor de discrecionalidad. Esta modificación responde a las peticiones de la mayoría de la doctrina penal española que, en línea con la interpretación jurisprudencial —*contra legem*— que se hacía del precepto, consideraba excesivamente «formal» un tipo accesorio del acto administrativo, como el contenido en el ya derogado primer apartado del art. 319 CP —que hacía depender la tipicidad de la conducta de la ausencia de autorización—. Sin embargo, oculta tras argumentos materiales (principios de proporcionalidad, intervención mínima, necesidad de pena, etc.) subyace la intención de permitir que, atendiendo a criterios nunca explicitados de oportunidad, se deje en manos de una judicatura no demasiado convencida de la necesidad de intervención penal en materia urbanística, la posibilidad de evitar la sanción penal cuando el Ayuntamiento de turno «haya hecho los deberes» y facilitado la correspondiente modificación del Planeamiento que permita autorizar la construcción antes no autorizable. Pero esta situación genera insatisfacción en la opinión pública y grave quebranto de la imagen de la Justicia penal.

En cualquier caso las soluciones jurídicas deben obtenerse con argumentos jurídicos, y el intérprete penal debe ser muy riguroso en su sometimiento al texto de la Ley penal y a los principios formales de funcionamiento del sistema penal, que en ningún caso pueden ser sustituidos por la propia concepción político criminal. Desde este planteamiento intentaré revisar críticamente el elemento típico «(urbanización, construcción o edificación) no autorizable» del art. 319 CP.

2. Elementos normativos y elementos descriptivos

I. La distinción entre elementos normativos³ y elementos descriptivos del tipo⁴, que fue uno de los motores del paso del concepto clásico al neoclásico del delito⁵, pese a ser un tópico en los manuales,

se trata de una edificación que no es legal ni puede serlo de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la realización»

³ El análisis de los elementos normativos en la Jurisprudencia española se realiza, sobre todo, cuando se analizan problemas de reenvío y ley penal en blanco. En este sentido, la STC 24/1996 de 13 de febrero, reconoce la constitucionalidad de los elementos normativos del tipo.

⁴ En torno a la evolución y significado de la distinción entre elementos normativos y descriptivos, véase SCHLÜCHTER, E., *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübinga, 1983, pp. 13 ss. Suele atribuirse la distinción a MAYER, M.E.: *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, p. 10, si bien ya en la

dista mucho de estar perfectamente definida⁶. De hecho, parece imponerse la doctrina que trata de relativizar esta distinción⁷ aunque aún pueden distinguirse tres grandes formas de abordar la delimitación entre elementos normativos y descriptivos:

1. Teorías dualistas: las que consideran que en los elementos lingüísticos del tipo cabe distinguir entre elementos normativos y elementos descriptivos, en función de criterios predeterminados⁸.
2. Teorías monistas: las que consideran que todos los elementos lingüísticos del tipo son de idéntica índole; o bien elementos normativos⁹, en tanto en cuanto su significado y alcance depende no solo de su inclusión en el tipo sino también de las reglas preestablecidas para determinar su significado¹⁰, o bien descriptivos.
3. Teorías pragmáticas: las que consideran que existen razones

obra de KOHLRAUSCH se aborda el problema (KOHLRAUSCH, E., *Über deskriptive und normative Vergeltungsbegriff des Strafrecht*, Halle 1904). Sobre el significado y la evolución histórica de los elementos normativos, véase SUAY HERNÁNDEZ, C., «Los elementos normativos y el error», en *ADPCP*, 1991, pp. 102 ss.

⁵ Puede verse SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las Leyes en Blanco», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 16, 1992-93, pp. 423 ss.

⁶ Por todos JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, trad. J. Cuello Contreras y JL Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp. 347 ss.

⁷ TISCHLER, W.G., *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandmerkmale. Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblem*, Berlín, 1984, p. 37. En parte porque se duda de que respondan a un modelo teórico, DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, p. 62, nota 98.

⁸ En esta línea: QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 2010, p. 318; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Barcelona, 2008, p. 231; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 256; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1995, p. 69. Alguno de estos autores distinguen, además, una tercera categoría en la que encuadran los elementos valorativos o conceptos indeterminados.

⁹ WOLF, E., *Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931, pp. 56 a 59. En español *Las categorías de la tipicidad. Estudios previos sobre la doctrina general de la parte espacial del derecho penal*, trad. M. Carrasco Andrino, Valencia, 2005. Más ampliamente, ENGLISH, K., «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Festschrift für Edmund Mezger*, München-Berlin, 1954, pp. 127 a 163.

¹⁰ Más ampliamente, con una revisión exhaustiva de las distintas posiciones, pueden verse: TISCHLER, W.G., *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandmerkmale (Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblem)*, cit., pp. 34 y ss., y en España y más reciente, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, 2008, pp. 44 ss.

para mantener la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos, pero reconocen las dificultades reales para delimitar ambos conceptos y la escasa trascendencia práctica de una distinción de carácter meramente escolástico. Lo importante, se dice, es determinar en cada tipo cómo debe abarcar el dolo un determinado elemento típico y qué trascendencia tiene ésto a efectos de error, por un lado, y cómo integrar el significado de ese elemento, por otro¹¹.

Esta última cuestión, la del método o los criterios a los que debe recurrir el jurista para la interpretación de estos tipos penales, es de especial trascendencia y dificultad. De hecho, no es extraño que algunos defensores de esta tercera postura, tras advertir de las dificultades para establecer criterios delimitadores objetivos e indubitados, acaben afirmando que la delimitación entre elementos descriptivos y normativos es un problema de Parte Especial que habrá de ser resuelto tipo a tipo utilizando alguno de los criterios propios de las teorías dualistas¹². Sin embargo, entiendo que es tarea de la Parte General —una de cuya funciones, y no la menos importante, es establecer criterios racionales para la aplicación segura y predecible de la ley penal— determinar los criterios en función de los cuales se distinguen ambas categorías de elementos típicos. Por otro lado, además, la necesidad de distinción no es meramente teórica y no es totalmente cierto que solo tenga incidencia en materia de dolo y de error¹³, pues afecta y de forma importante a la autonomía judicial para la interpretación de los elementos típicos. En consecuencia, la diferencia de tratamiento (como elemento normativo o como elemento descriptivo) tiene sentido; o lo que es lo mismo, está justificada una teoría diferenciadora o dualista que trate de averiguar la función, contenido y límites de la distinción entre los diversos elementos lingüísticos del tipo.

En esta tesitura, y una vez afirmada la necesidad de la distinción

¹¹ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 350: «No obstante, esta confusa situación no cabe aclararla por medio de un concepto de lo normativo en sí, sino sólo por medio de las consecuencias para la teoría del tipo y para el dolo». Ahora bien, esta postura significa renunciar a aclarar la razón de la distinción entre unos elementos y otros. Bien es cierto que las dificultades teóricas son importantes, tanto como lo es la distinción entre unos elementos y otros para la teoría del delito.

¹² DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, cit., p. 73: «Además, hay elementos típicos que admiten una interpretación como descriptivos y como normativos y solo el sentido del concreto tipo en que se hallan y las relaciones de éste con otras normas nos permitirán interpretarlos en uno u otro sentido (siendo así que esto podrá tener —o no— relevancia para el dolo y el error)».

¹³ Entre otros, véase DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, cit., p. 76.

(entre elementos normativos y elementos descriptivos), la postura pragmática¹⁴ la fundamenta en las consecuencias político-criminales a que conduce, en un meritorio esfuerzo por no encerrarse en un debate meramente dogmático. Ahora bien, incluso desde esta perspectiva si la distinción es válida y produce efectos según la categoría del elemento (descriptivo/normativo), los criterios de distinción (o asignación) deberían ser claros, precisos, racionales y sistemática y dogmáticamente correctos, pues de otro modo la asignación de consecuencias jurídicas según la calificación (no racionalmente fundada) sería arbitraria y, por tanto, antijurídica.

II. El problema de la distinción entre elementos normativos y descriptivos es un problema de interpretación. Más aún, es el primer problema de la interpretación¹⁵. Pero no está de más resaltar que, aunque es una opción legislativa (en tanto que es el Legislador quien construye los tipos recurriendo a uno u otro elemento), lo significativo es, precisamente, que son *elementos «lingüísticos»* del tipo; es decir, la cuestión esencial para el jurista es que son términos con significado¹⁶ utilizados por el Legislador para describir el comportamiento ordenado o prohibido. O dicho de otra forma: son los significantes del enunciado jurídico constitutivo de la norma secundaria a través de los cuales se expresa el mandato o prohibición (o los permisos justificadores).

La trascendencia de la distinción entre ambas categorías de elementos lingüísticos, deriva de que con la asignación a una u otra categoría se están pre-determinando los criterios en base a los cuales el intérprete determinará la extensión —objetos o entes a que se refiere— e intensión¹⁷ -significado o connotación- del término en cuestión¹⁸.

¹⁴ Según la cual la distinción entre ambas categorías de elementos no hace referencia a la naturaleza jurídica sino a los «efectos» que producen.

¹⁵ O como afirma QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 317: «Los tipos de delito se expresan en la ley mediante un determinado *lenguaje* que normalmente está cargado de significado, y cuyo análisis compondrá el primer escalón de la interpretación».

¹⁶ Sobre el concepto de «significado» puede verse, entre otros, PUTNAM, H., «El significado de significado», en *La búsqueda del significado: lecturas de filosofía del lenguaje*, de L. Valdés Villanueva (ed.), Madrid, 1991, pp. 131 ss.

¹⁷ PUTNAM, H., «El significado de significado», cit., pp. 134 ss. Sobre la teoría analítica del lenguaje y el concepto de «significado» aplicado al ámbito jurídico-penal con la finalidad de resolver el problema de la distinción entre elementos normativos y descriptivos, véase SUAY HERNÁNDEZ, C., «Los elementos normativos y el error», cit., p. 111.

¹⁸ Véase ALCHOURRON, C., «Sobre Derecho y Lógica», en *Isonomía*, n.º 13 (2009), p. 23.

Como punto de partida para abordar la cuestión aceptaremos, *prima facie*, una perspectiva dualista¹⁹, lo que nos lleva a afirmar que todos los términos del enunciado jurídico del supuesto de hecho contenido en la norma (todos ellos, en cuanto que conforman la misma, «normativos» en otro sentido²⁰) son elementos descriptivos o normativos²¹. Lo son aquellos que designan objetos, acciones e incluso el propio verbo típico, o los que designan o describen circunstancias que configuran la especificidad del comportamiento típico, si bien en este supuesto podemos encontrar que aún es preciso realizar, una vez predeterminados los criterios, otras valoraciones (elementos valorativos o indeterminados)²². En este sentido se puede afirmar que todos los elementos lingüísticos con significado específico que integran el enunciado del supuesto de hecho de la norma secundaria son, en sentido estricto²³, o elementos normativos o elementos descriptivos (del tipo). Elementos con significado son los sustantivos, adjetivos, verbos o adverbios aisladamente considerados o formando ex-

¹⁹ Perspectiva que subyace en la actualidad, de forma más o menos explícita, también en los partidarios de las teorías pragmáticas.

²⁰ WOLF, E., *Las categorías de la tipicidad*, cit., pp. 24 ss.

²¹ SCHLÜCHTER, E., *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübinga, 1983, p. 6.

²² En los manuales, en España, el debate en torno a los elementos descriptivos y normativos se plantea con la generalización de la aceptación de la estructura finalista del concepto de delito, si bien no existe unanimidad en cuanto a la clasificación. Algunos autores prefieren diferenciar tres categorías de elementos lingüísticos: elementos normativos, elementos descriptivos y otros elementos que son designados de forma diversa como «elementos valorativos» —así los enuncia QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 318, si bien posteriormente, al definirlos incluye en un mismo epígrafe los normativos y los valorativos—, elementos teóricos o cognoscitivos (COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, pp. 330 ss., siguiendo a KUNERT, K. H., *Die normative Merkmale des strafrechtlichen Tatbestände*, Berlín, 1958, serían los que obligan a determinar su contenido según un juicio de experiencia), etc. Otros parten de una clasificación inicial bimembre (entre elementos descriptivos y normativos), sin perjuicio de que posteriormente, una o ambas categorías pueda subdividirse de nuevo. Así, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZABAL MALAREE, H., *Sistema de Derecho penal*, Madrid, 2004, p. 78; CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Madrid, 2002; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1992, p. 193; GÓMEZ RIVERO, C. et al. *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2009, p. 158. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 232, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 256; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 318 o ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2010, p. 231.

²³ Es decir, dando por supuesto que la integración en la norma jurídico-penal los convierte en elementos normativos en cuanto que elementos de la norma.

presiones, locuciones o sintagmas (en cuyo caso pueden incluirse otras palabras, como preposiciones, etc.)²⁴.

Siguiendo con la argumentación —y en paralelo con la evolución dogmática del concepto de delito y de la puesta en valor histórica de los elementos normativos del tipo— en principio, todos los elementos (significantes) sobre los que no se cuestiona su carácter normativo, son descriptivos. Esta «verdad lógica» nos puede ayudar a entender o delimitar el criterio de distinción entre ambos grupos de elementos o, al menos, aunque no por ello menos importante, la función que cumple dicha distinción.

Pues bien, ¿cuáles son los elementos del tipo sobre los que se plantea la duda acerca de su naturaleza, es decir, si son normativos o no?: aquellos que no tienen significados intuitivos o que pueden tener varios significados (uno intuitivo o natural y otro no). Por ejemplo, el concepto de «cosa mueble» del art. 234 CP no es idéntico al concepto civil de «cosa mueble» (arts. 335 y 336 CC), sino que hace referencia, exclusivamente, a los objetos que efectivamente se pueden «mover», es decir, que son aprensibles y transportables²⁵. Es una representación intuitiva la que asigna al significante el significado propio del lenguaje común. Sin embargo sería posible asignar a «cosa mueble» otro significado «normativamente comprometido» según el cual el término «mueble» quedaría vinculado al concepto civil de «bien o cosa mueble». Como no es este el sentido elegido, podemos afirmar que:

- 1) Se da por válida jurídicamente «la representación intuitiva del significado» o significado intuitivo, con lo que se facilita a los ciudadanos destinatarios de la norma jurídica penal la comprensión correcta de la conducta prohibida u ordenada al destinatario de la norma²⁶.

²⁴ Con ello estamos excluyendo del debate, pero sólo aparentemente, los denominados elementos de valoración global del hecho o los elementos valorativos. Pero la razón es clara: los primeros hacen referencia a los efectos penales de los términos utilizados (si afectan a la tipicidad o a la antijuridicidad; si adelanta el juicio de antijuridicidad, etc.) pero en realidad están compuestos por términos que serán o descriptivos o normativos. En cuanto a los segundos, los elementos valorativos, muy sintéticamente, contienen términos vagos, sobre los que no existe un significado único u objetivo. A ellos haremos referencia más adelante.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al art. 234 CP», en *Comentarios al nuevo Código penal*, de G. Quintero Olivares (coord.), Navarra, 1996, p. 1090.

²⁶ En este sentido afirma HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*, trad. L. Arroyo Zapatero y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p. 221, que el lenguaje jurídico debe ser muy cercano al cotidiano, al natural, por la propia misión del sistema jurídico penal, cual es «comunicarse lingüísticamente con los afectados por él» y la consecuencia «forzosa de la misión del sistema jurídico de elaborar experiencia».

- 2) Se dota de autonomía al juez penal que no se ve vinculado en la interpretación por el sentido que a los términos se les asigne en otras ramas del Derecho²⁷.

En consecuencia, y como técnica legislativa, es preferible la utilización de elementos descriptivos, tanto desde una perspectiva de Política Criminal como de respeto a los principios de legalidad²⁸ —en todos sus aspectos— y taxatividad. Pero, además, la restricción a la capacidad judicial para vincular interpretativamente los términos típicos con conceptos jurídicos (en los elementos descriptivos) tiene una enorme importancia para el ciudadano, que puede entender el sentido de las normas que le son dirigidas.

III. Se ha afirmado que la incidencia de la interpretación judicial en la aplicación práctica del Derecho es tan importante, incluso en los ordenamientos jurídicos continentales, que, en realidad, solo es «Derecho vigente» el que aplican los Tribunales de Justicia²⁹. Pues bien, desde esta perspectiva, la capacidad discrecional del juez —y por tanto, su capacidad configuradora del «Derecho efectivamente vigente»— queda severamente recortada cuando se pre-establece que un elemento lingüístico del tipo es descriptivo³⁰. Los elementos descriptivos, vinculados al sentido natural de los términos (a la representación intuitiva), obligan al juez penal a definir su ámbito de aplicación y su significado, según las reglas propias de la lengua o idioma utilizado (reglas sintácticas, semánticas, y, en general, gramaticales³¹). De forma que los Tribunales tan solo podrán precisar —recu-

²⁷ Aunque esta afirmación debe ser hecha con matices, como ya es común, porque es posible que en aquellos aspectos en los que el sentido intuitivo o no jurídico del término sea impreciso, se pueda acudir a textos jurídicos para determinarlo.

²⁸ Véase ALVAREZ GARCÍA, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, 2010, pp. 193 s., nota 279. El principio de taxatividad exige la configuración detallada de las conductas contenidas en los distintos tipos penales.

²⁹ Véase RAZ, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, 1991, pp. 170 ss. También, sobre el papel actual de la jurisprudencia en la interpretación creativa de la ley y en la reformulación del Derecho, ALVAREZ GARCÍA, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, cit., pp. 175 s.

³⁰ Y esta es una cuestión que no es en absoluto baladí, en una situación *de facto* en la que, en palabras de ALVAREZ GARCÍA, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, cit., p. 180, «...actualmente los Tribunales, más en concreto el Tribunal Supremo, están «echando un pulso» al Estado de Derecho —al Legislativo especialmente, pero no sólo— por el dominio del Derecho penal, por la facultad de crear normas penales.»

³¹ Véase al respecto HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 221, sobre la importancia de la semiótica en el ámbito de la interpretación jurídico-penal. Sobre las reglas de uso y cómo vinculan al Juez penal en la concreción de términos que necesitan un complemento valorativo, véase p. 243.

riendo si fuere necesario a normas jurídicas³²— los límites externos (cuando no lo estén) del significado que viene predeterminado por aquellas (las reglas del sistema lingüístico utilizado). Las ventajas son evidentes en cuanto a la seguridad jurídica, y de esta forma también queda garantizado el principio de legalidad y su fundamentación política en la separación de poderes en el ámbito de la interpretación (y de la denominada «creación judicial del Derecho»).

Como consecuencia de todo lo anterior podemos concluir que en un sistema Democrático de Derecho, la opción inicial y preferente es considerar y tratar a los elementos lingüísticos del tipo como elementos descriptivos, siempre que sea posible y estén dotados de un sentido claro en el lenguaje no jurídico. Solo cuando esto no suceda, bien porque el significado no jurídico del término no existe, es demasiado vago o totalmente diverso del sentido jurídico, o bien cuando no aclara nada el mandato normativo, el término, expresión, locución o sintagma puede ser calificado como elemento normativo del tipo.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática, orientada a sus consecuencias político-criminales y desde una perspectiva constitucional y garantista para los destinatarios de la norma —los ciudadanos que son los que, en definitiva, deben recibir y entender el mandato normativo (imperativo)—, en principio y siempre que no se cuestione la naturaleza del término (o dicho de otra forma, el sistema que definirá el contenido significativo del término o el conjunto sistemático de palabras del que aquél se extrae), debe ser tratado como un elemento descriptivo y *será un elemento descriptivo*. En consecuencia, ahora sí podemos pronunciarnos ya sobre los criterios de delimitación de ambos conjuntos de elementos en el siguiente sentido: Elementos descriptivos serán todos aquellos que pueden ser interpretados conforme al sentido natural de los términos en el lenguaje común e incluso técnico³³, pero no jurídico según las reglas mor-

³² Este es el caso de la determinación del significado de verbo típico «matar» en el art. 138 CP, elemento descriptivo cuyo significado queda vinculado al lenguaje común, si bien en sus contornos puede ser definido o matizado por las normas jurídicas que, a otros efectos, determinan el momento de la muerte.

³³ El sistema del que se extraen, que sirve de referencia y dota de significado a los elementos descriptivos es el lenguaje ordinario o común; es decir, el sistema lingüístico utilizado como vehículo de comunicación en una (nuestra) sociedad. Ello no excluye que también deban considerarse elementos descriptivos aquellos términos que deban ser utilizados en un específico ámbito técnico según el sentido que allí tienen. Buen ejemplo de esto es el elemento «dispositivo técnico» del art. 271.3 CP en relación con los programas de ordenador. Un dispositivo es un artefacto mecánico; sin embargo, cuando se trata de proteger información en soportes digitales este «dispositivo

fológicas, sintácticas y semánticas del lenguaje. Elementos normativos serán aquellos cuya interpretación no pueda realizarse acudiendo a su significado natural (no jurídico, propio del lenguaje ordinario) bien porque sea un término estrictamente jurídico, bien porque el sentido natural no es utilizable por demasiado vago o porque remite a un referente o significado absolutamente diverso o alejado al que se requiere por el tipo, o bien porque no tiene significado natural.

Desde esta perspectiva, la distinción entre elementos normativos y elementos descriptivos oculta una regla implícita³⁴ de interpretación jurídica según la cual los términos deben ser interpretados en sentido natural o intuitivo —conforme a las reglas del lenguaje—, y sólo cuando no sea posible hacerlo así deberán ser interpretados en sentido normativo³⁵. Así se entiende que haya elementos descriptivos que deban ser delimitados conforme a reglas jurídicas (penales o extrapenales), sin que por eso dejen de serlo, cuando la norma jurídica (que se utiliza como referencia en la interpretación) lo que hace es delimitar el significado dado por el lenguaje ordinario.

Este criterio de delimitación, en cierta medida, está indicando también la «naturaleza» de los elementos que se integran en las diversas categorías: los elementos normativos *pertenecen* a un sistema juridificado que los crea, les otorga un significado específico y les sirve de referente. Como consecuencia los elementos normativos tienen una naturaleza «normativa» o jurídica.

Entre los elementos del tipo que no pueden ser tratados como elementos descriptivos, aún se puede diferenciar entre aquéllos que deben ser interpretados conforme a reglas o normas jurídicas (elementos normativos) o aquéllos que deben ser interpretados en función de

técnico» no es mecánico, sino digital. De modo que la expresión «dispositivo técnico» tiene un sentido específico y distinto al común en el ámbito de la informática o de los soportes digitales, lo que no impide que se trate de un elemento descriptivo del tipo (o término descriptivo como prefieren designarlos COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T., *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 330)

³⁴ Desde una perspectiva estructural son reglas del sistema jurídico no solo las expresiones sino también las implícitas que se derivan de aquellas. Véase en este sentido ALCHOURRON, C/BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid 1991, p. 129.

³⁵ Según la expresión de DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., p. 62, son elementos normativos los que carecen de una relación unívoca con un referente; en tanto que los elementos descriptivos son expresiones tasadas; es decir, que no requieren una valoración aunque sea necesario acudir para determinar su significado a normas jurídicas. Elementos descriptivos son aquellos que hacen referencia a elementos existentes en el mundo exterior y que no requieren de una valoración, aunque deba recurrirse a determinadas reglas jurídicas para concretar su existencia.

criterios cuantitativos o cualitativos, de las circunstancias del caso o de cualidades que afectan a las personas (elementos valorativos)³⁶. La regla interpretativa que impone la preferencia por el tratamiento como elementos descriptivos de los elementos lingüísticos, parece también ser ratificada, indirectamente, por la existencia de definiciones jurídicas en las que el Legislador predetermina el significado de un determinado concepto. De hecho, en numerosas ocasiones esta «interpretación auténtica» se utiliza para asegurar que el significado resultante de la interpretación (judicial) del concepto, será adecuado al sentido natural del lenguaje y no al sentido jurídico del término. Es decir, el Legislador impone que el término sea interpretado *como si fuera* un elemento descriptivo, aunque, como consecuencia de la imposición del significado, lo convierta en normativo³⁷.

De lo anterior se deduce que se designan bajo la denominación común de «elementos normativos» un variado conjunto de elementos lingüísticos, entre los que, siguiendo a la doctrina mayoritaria, aún se pueden distinguir los que podemos denominar como «elementos normativos *stricto sensu*» (porque requieren de un juicio fundamentado en criterios y parámetros jurídicos) y «elementos valorativos» que requieren un juicio extra-normativo. Junto a los anteriores, también se suelen calificar como elementos normativos (porque no son descriptivos) todos aquellos términos ambiguos, confusos, vagos, indeterminados, amplísimos, etc., con los que de vez en cuando «nos premia» el Legislador penal (verbigracia «facilitar»). En puridad, sin embargo, no todos los términos vagos o conceptos indeterminados deben ser automáticamente considerados como elementos normativos, pues en ocasiones esos términos serán también elementos descriptivos (poco «descriptivos» de hecho) que requieren de un ejercicio especialmente delicado y cuidadoso de interpretación. Es preciso, por tanto, advertir contra la tendencia a confundir la necesaria labor exegética (necesaria en mayor o menor medida en todo caso) con el

³⁶ Cuestión distinta son los conceptos jurídicos indeterminados. Los conceptos jurídicos indeterminados, en realidad, constituyen un defecto de técnica jurídica, y solo tras la labor interpretativa se podrá determinar su contenido.

³⁷ Un buen ejemplo para explicar cuanto digo es el concepto jurídico penal de «funcionario». En este caso el Legislador penal ha (pre)definido en el art. 24.2 CP el término de forma distinta a cómo lo hace el Derecho Administrativo, para acercar el concepto jurídico a su sentido intuitivo. En otras ocasiones se busca que el significado común no pueda ser «manipulado» por intereses sectoriales. Un caso especial en este sentido es la definición ofrecida por el art. 7.3 del Estatuto de Roma, según el cual «A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede».

juicio que requieren los elementos normativos, ya esté fundamentado en parámetros jurídicos (elementos normativos en sentido estricto) o en la experiencia, análisis técnicos o científicos («situación de *grave peligro*» del art. 342 CP), en valoraciones sociales (trato degradante del art. 173 CP), etc.

3. Remisiones normativas

La distinción entre elementos normativos y elementos descriptivos del tipo no tiene como función distinguir entre elementos que «remiten» y elementos que «no remiten» a otras normas extrapenales. Es decir, la identificación elementos normativos con remisión normativa y elementos descriptivos con ausencia de remisión hoy en día no se mantiene; de modo que cuando utilice la expresión «remisión normativa» lo haré para designar modelos de reenvío a normas o actos jurídicos extrapenales, en muchas ocasiones de rango inferior a la ley penal, con independencia del carácter del (o los) elementos lingüísticos del tipo en los que se fundamenta el reenvío.

De hecho, tanto los elementos normativos como los descriptivos pueden requerir (o no) acudir a una norma extrapenal. La diferencia estriba en que cuando la remisión implica elementos descriptivos el significado está ya determinado previamente a la remisión normativa, que solo servirá para delimitarlo (por ejemplo: «muerte de otro» del art. 138 CP). Sin embargo, cuando los que se ven implicados son elementos normativos, la remisión es imprescindible para fijar el propio significado del término (por ejemplo: «patente»). Pero no todos los denominados «elementos normativos» contienen una remisión normativa entendiendo por tal la necesidad de completar el significado de los términos acudiendo a otras ramas del Derecho. No contienen remisiones normativas, en el sentido estricto utilizado en el texto, aquellos elementos que requiere una valoración *no fundamentada* en normas jurídicas extrapenales (elementos valorativos): por ejemplo, para determinar la gravedad de una conducta, normalmente no es necesario acudir a normas jurídicas que lo determinen. Pero incluso, entre los elementos normativos en sentido estricto (los que requieren un juicio fundamentado en criterios jurídicos) tampoco es siempre necesaria la remisión a otros textos jurídicos. Así no se requiere una remisión normativa a otra rama del Ordenamiento Jurídico cuando los elementos normativos se encuentran definidos en el propio Código penal. Elementos normativos «sin remisión» son también las cláusulas de cierre que exigen del juez una interpretación analógica (por ejemplo: «obras análogas» del art. 350 CP);

las referencias a conceptos estrictamente penales («otro delito» del art. 412 CP), etc.

Otros elementos normativos, por el contrario, exigen acudir a conceptos jurídicos extrapenales. Este subconjunto de elementos, como indica GARCÍA ARAN, son elementos que «aluden —se remiten— a una situación normativizada y en tal medida, obligan a acudir a una norma extrapenal para dotarlos de contenido y, en definitiva, interpretarlos»³⁸. Por ello, y dado que pueden contener remisiones normativas, los elementos normativos (en sentido estricto) han sido confundidos, en ocasiones, con «leyes penales en blanco»³⁹, lo que, quizás, se deba a que las leyes penales en blanco efectúan la remisión mediante términos calificables como «elementos normativos del tipo»⁴⁰, si bien no todos los elementos normativos son leyes en blanco ni solo las leyes en blanco contienen remisiones normativas. Pero aún cuando existe la certeza teórica de la diferencia entre elementos normativos (que no son leyes en blanco) y leyes en blanco, la enunciación de las diferencias no es siempre sencilla. Para nuestro Tribunal Constitucional las leyes penales en blanco son «*normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir-se para su integración a otra norma distinta*»⁴¹, en tanto que GARCÍA ARAN, siguiendo a TIEDEMANN, afirma que las leyes en blanco «se caracterizan porque el establecimiento del presupuesto se remite a otra instancia

³⁸ Pero desde esta perspectiva, como la autora pone de manifiesto, no existe diferencia entre el concepto de ley penal en blanco y elemento normativo, en tanto en cuanto la definición se centra en el aspecto de remisión normativa que ambos tienen en común. Puede verse en GARCÍA ARAN, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 16, 1992-93, p. 68. Específicamente sobre remisiones a normas de la Unión Europea, TIEDEMANN, K., «EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts», en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. mai 2001*, Berlin-Nueva York, pp. 1402-1414.

³⁹ Para la SAP Tarragona (Sección 2ª) 32/1998, de 20 de enero, expresamente las leyes en blanco son elementos normativos: «*resulta constitucionalmente admisible que la norma jurídico penal no agote la completa descripción típica del supuesto ni las consecuencias que de él se derivan, pudiéndose heterointegrar determinados elementos normativos por leyes no penales, siempre que se den los siguientes requisitos: (sic. STC 119/1992 [RTC 1992\119]) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza. Condiciones, las anteriores, de producción de la ley penal en blanco que cabe reconocer como concurrentes en la regulación tanto del derogado art. 347 bis CP texto de 1973, como del vigente art. 325 bis*».

⁴⁰ Véase GARCÍA ARAN, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit., p. 66.

⁴¹ STC 127/1990, de 5 de julio.

no legislativa que, en definitiva, ejerce la amenaza penal», definición que resalta el problema de distribución de competencias legislativas que subyace en las leyes penales en blanco. Desde esta perspectiva, en tanto que la ley en blanco permite entrar en los acotamientos normativos a instancias —legislativas o no— que no tienen atribuida la capacidad para legislar plenamente en materia penal, en los elementos normativos la remisión tan solo cumpliría una función interpretativa⁴² que, como hemos advertido, tiene entidad suficiente para hacer depender de ella el significado del término o locución.

También es necesario no confundir ley penal en blanco con otras modalidades de remisiones⁴³, con tipos imprecisos o abiertos, «con tipos consistentes en la infracción de un deber en los que será necesario acudir a los reglamentos que precisan deberes, ni con aquellos supuestos en los que para precisar conceptos de diversa índole hay que acudir a otras ramas del Ordenamiento Jurídico»⁴⁴. Para distinguir estos supuestos de «remisiones normativas que no son leyes penales en blanco» de las propias leyes penales en blanco es necesario, una vez más, acudir a un criterio estructural: se designa como ley penal en blanco a una específica técnica de tipificación en la cual la ley penal no define totalmente el supuesto de hecho, sino que se remite (mediante elementos lingüísticos normativos) a otra norma jurídica no penal para completarlo. En este sentido QUINTERO OLIVARES se refiere a las leyes penales en blanco como «técnicas de formulación positiva de las normas»⁴⁵. Por el contrario, en los elementos normativos que contienen remisiones, éstas sirven para aclarar el significado del concepto típico (*per se*) mas nunca para «completar» un tipo penal que es estructuralmente completo o cerrado (aunque su interpretación diste mucho de estarlo).

⁴² GARCÍA ARAN, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit., pp. 71 s.

⁴³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, Madrid, 2005, p. 416, distingue de la ley penal en blanco las que denomina «leyes penales en blanco impropias, las leyes penales en blanco «al revés» y, expresamente, los elementos normativos.

⁴⁴ VELASQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Bogotá, 1997, cit., p. 109.

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 2002., p. 59, en tanto que los elementos del tipo (descriptivos, normativos o valorativos) serían «los conceptos empleados por el legislador para formular los ingredientes objetivos y subjetivos de una conducta» (p. 311 o p. 318 de la 4ª ed.). Para MORALES PRATS, F., en *Manual de Derecho penal. Parte general*, de QUINTERO OLIVARES, G., 4ª ed., «la ley penal en blanco es la técnica legislativa elegida por la apertura del Derecho penal a los distintos ámbitos de regulación, donde estos bienes jurídicos encuentran su «prima ratio» jurídica» (p. 323).

Por tanto, en cuanto a la estructura normativa de los tipos que contienen leyes en blanco, el supuesto de hecho ha de ser conformado mediante la integración —como «ley penal»— en el tipo de una norma extrapenal, en ocasiones de rango inferior a la ley a la que se dota de eficacia y efectos propios de la ley penal. De esta forma la norma extrapenal que integra el supuesto de hecho de un tipo debe ser tratada como ley penal en cuanto a su vigencia, aplicación e interpretación. Y específicamente, en cuanto que ley penal, se encuentra vinculada por los principios de irretroactividad de la ley penal y de retroactividad de la ley (penal) favorable (principio de la *lex mitior*)⁴⁶. Esto no sucede, sin embargo, respecto de las normas o reglas jurídicas extrapenales que se utilizan para interpretar los elementos normativos o descriptivos, en los que la remisión no se realiza formal o expresamente, hasta tal punto que podríamos afirmar que se trata de una remisión «material»⁴⁷ en cuanto que el objeto de interés es un concepto o significado contenido en otros textos jurídicos indeterminados o en un vago conjunto de ellos⁴⁸.

Suele afirmarse, con base jurisprudencial, que en la ley penal en blanco el reenvío es explícito⁴⁹, estructural, formal, directo —no cabe el reenvío del reenvío—, limitado —el reenvío ha de hacerse a una norma

⁴⁶ Para ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. de D. Luzón Pena, M. Díaz y García Conlledo y J. De Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 129, el principio de la *Lex mitior* es inmanente al principio de proporcionalidad y está garantizado por el Derecho internacional público (art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁴⁷ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Poenalis. La accesoriadad administrativa del Derecho Penal del Medio Ambiente*, cit., p. 3 (no numeradas).

⁴⁸ También el Legislador utiliza formulas de reenvío de carácter material mediante, por ejemplo, la integración de actos administrativos de carácter singular —autorizaciones, prohibiciones o permisos— como elementos típicos; remisión que, parcialmente, comparte con las leyes penales en blanco la transmisión de la decisión punitiva a otras instituciones; en este sentido véase SCHUNEMANN, B., «Die Regeln der Technik im Strafrecht», en *Festschrift für Karl Lackner am 18. Februar 1987*, Berlín-Nueva York, pp. 370 ss.

⁴⁹ Según la STC 24/1996 de 13 de febrero «es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982), y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, o como señala la citada STC 122/1987, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada». Sobre

y no a órdenes ministeriales—⁵⁰. O, al menos, esta es la teoría, pues en la práctica la amplitud de la remisión, aunque explícita, tiende a desdibujar los límites que la exigencia de remisión formal impondría; límites cuya función sería evitar la remisión en bloque a todo un Ordenamiento con la finalidad de preservar unos mínimos de seguridad jurídica⁵¹. De ahí que la exigencia de un reenvío expreso como criterio delimitador entre ley penal en blanco y elemento normativo plantee dudas⁵² y algún sector doctrinal afirme que, por el contrario, lo esencial es que la ley penal en blanco realiza un reenvío o una remisión en bloque (*in toto*) en tanto que los elementos normativos solo remiten a los efectos de interpretar un determinado elemento del tipo⁵³.

4. El principio de retroactividad de la ley más favorable

En nuestro Ordenamiento jurídico-penal, como regla general, rige el principio «*tempus regit actum*» íntimamente relacionado con la

qué es un reenvío explícito, véase STC (Pleno) 34/2005, de 17 febrero: es reenvío explícito la expresión «sin cumplir los requisitos establecidos por las Leyes».

⁵⁰ Según la STC (Sala Primera) 283/2006 de 9 de octubre «no puede considerarse bastante a tal fin de certeza una ley que debe complementarse por remisión a un Real Decreto que, a su vez, tampoco determina el elenco de conductas prohibidas [...] sino que es preciso acudir a otra disposición administrativa». ... «no puede considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales [...], porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de ley en materia penal, que resultaría vulnerado en art. 25.1 CE». Véase en MENDO ESTRELLA, A., «Delito «ecológico» y norma penal en blanco. La STC de 9 de octubre de 2006: ¿una nueva orientación?» en *La Ley Digital* 64/2008.

⁵¹ Que se ven francamente alterados, desde la perspectiva del principio acusatorio, cuando a la acusación no se le exige que determine expresamente la norma extrapenal que complementa o integra la ley penal en blanco, siendo suficiente con «una relación básica de la normativa administrativa complementaria». Puede verse, GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., «Notas sobre la disciplina urbanística en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Incidencia de la Ley 13/2005 del Parlamento de Andalucía», en *Derecho Urbanístico de Andalucía*, de E. Sánchez Goyanes (dir.). 2ª ed., 2006, p. 904.

⁵² Como afirma QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. 2002, p. 64, el Legislador penal, a partir del 1995, ha evitado la utilización de leyes penales en blanco pero para ello «ha acudido y abusado» de elementos normativos, valorativos y jurídicos indeterminados que no solo ocultan técnicas de reenvío sino que a veces afectan aún más al principio de taxatividad de la propia técnica de la ley penal en blanco.

⁵³ Por todos, GARCÍA ARÁN, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», cit., pp. 63 ss.

prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal excepto cuando sea más benigna, con fundamento constitucional en los arts. 9.3 y 25.1 CE⁵⁴ (quizá en relación con el art. 17 CE) y legal en el art. 2 CP⁵⁵. La prohibición de irretroactividad se ha fundamentado, formalmente, en el principio de legalidad y otros principios a él vinculados⁵⁶ (seguridad jurídica, taxatividad⁵⁷ y *lex certa*) y, materialmente, en el principio de culpabilidad según el cual no se puede imponer una pena a un sujeto que no ha sido declarado culpable; y, no se puede declarar culpable a un sujeto que ni conocía ni podía conocer que su conducta sería —en el futuro— considerada delito (o castigada con una pena mayor)⁵⁸; en el principio de proporcionalidad⁵⁹; en la ausencia de necesidad de pena o en razones humanitarias (desde luego no retributivas)⁶⁰ o en el principio de legitimidad democrática⁶¹. Ahora bien, el principio de irretroactividad de la ley penal y su excepción (retroactividad de la ley más favorable), que aunque formulados inicialmente para leyes penales también establecen reglas que vinculan

⁵⁴ STC 15/1981, de 17 de mayo.

⁵⁵ Pueden verse, entre otros, LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.; o IGLESIAS RIO, M.A., «Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de la últimas reformas del Código penal» en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 6, 2005, p. 19.

⁵⁶ RUIZ ANTÓN, L.F. «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia» en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 7, 1989, p. 149.

⁵⁷ Sobre el irrespetuoso tratamiento del Tribunal Constitucional a este principio puede verse ALVAREZ GARCÍA, F.J., *El principio de legalidad*, Valencia, 2010, p. 83 y ss.

⁵⁸ Numerosos autores han vinculado el principio de irretroactividad también al Estado de Derecho (con citas puede verse IGLESIAS RIO, M.A., «Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de la últimas reformas del Código penal» en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 6, 2005, pp. 17 ss.), sin embargo si bien es requisito imprescindible para la existencia de un Estado de Derecho el reconocimiento y respeto, incluso a nivel constitucional, del principio de irretroactividad, no es exclusivo del mismo ni, por supuesto, una creación de éste (igualmente con citas, sobre el reconocimiento histórico en España de los principios de irretroactividad y de retroactividad de la ley más favorable, puede verse RUIZ ANTÓN, L.F. «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia» en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 7, 1989, p. 149).

⁵⁹ Lo que ha llevado a algunos autores a buscar criterios político-criminales que permitan matizar su aplicación. Véanse, entre otros, LASCURÁIN *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000, pp. 31 ss. y SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las Leyes en Blanco» cit., p. 423 ss.

⁶⁰ Más ampliamente, GARCÍA RIVAS, N., «El principio de legalidad en el Derecho penal económico» en <http://www.cienciaspenales.net>, p. 7. Disponible *on line* en *Portal iberoamericano de Derecho penal* (<http://www.uclm.es/idp>), fecha de publicación 2002 (citado 24.12.2010).

⁶¹ GARCÍA RIVAS, N., «El principio de legalidad en el derecho penal económico», cit., p. 5.

al Juez penal en la interpretación, surgen y cumplen su papel prioritario en el supuesto de sucesión de leyes penales en sentido estricto (cuando una ley penal deroga a otra ley penal), pero se adecuan mal a los nuevos tipos penales surgidos de la expansión del Derecho penal a nuevos ámbitos económicos o tecnológicos, en los que priman las cláusulas de engarce entre distintos sectores del Ordenamiento Jurídico. En estos supuestos, como consecuencia del principio de tratamiento penal de la norma complementaria⁶², aunque se mantiene vigente la «ley penal/tipo penal» la tipicidad se ve afectada (y la cuestión es si también alterado) por un cambio legislativo o de la normativa de rango inferior a la ley extrapenal (Derecho Administrativo, Derecho Laboral, etc.).

Los problemas en relación con la ley penal aplicable surgen no en relación con el principio de irretroactividad, pues éste no presenta ninguna especialidad: la ulterior reforma de la norma legal o no extrapenal que agrave la responsabilidad penal o la constituya como consecuencia de una remisión normativa, no surte efectos. Lo que es lo mismo que afirmar que en supuestos de remisión normativa, cuando la sucesión de normas extrapenales pudiera tener incidencia penal agravando la responsabilidad penal o constituyendo como delictiva una conducta que previamente no lo era, la modificación de la norma extrapenal no es tenida en cuenta. El problema se plantea en relación con la aplicación retroactiva de los efectos más beneficiosos de la norma extrapenal, sobre todo teniendo en cuenta que para la aplicación retroactiva de la *lex mitior* «no es necesario que ningún supuesto del delito o de la pena tenga lugar bajo su vigencia para poderla tomar en consideración»⁶³.

Existen supuestos en los que la cuestión se complica, como sucede en los delitos permanentes, en los que los efectos se mantienen durante la vigencia de las dos leyes. Es decir: parte de los efectos se producen bajo la vigencia de la primera regulación extrapenal, y otra parte acaecen bajo el imperio de la segunda normación extrapenal. Este supuesto, cuando de sucesión de leyes penales en sentido estricto se trata, se soluciona aplicando, en todo caso, la ley más beneficiosa (es decir, no presenta especialidad alguna).

La cuestión que se plantea ahora es, ¿hay que aplicar el mismo criterio cuando los efectos vienen de hecho determinados por una

⁶² Según el cual la norma administrativa que integra el tipo penal ha de ser tratada como ley penal a efectos de su aplicación retroactiva.

⁶³ RUIZ ANTÓN, L.F., «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», cit., p. 155.

norma extrapenal? Con carácter general, la doctrina española -unánime cuando se trata de hacer formulaciones generales, menos unánime cuando se trata de acudir a supuestos problemáticos en concreto- considera que el principio de irretroactividad afecta a cualquier presupuesto que tenga incidencia en la imposición de la pena, y en este sentido también la norma complementaria —en el caso de leyes penales en blanco— ha de regirse por el mismo principio; ha de ser tratada, a estos efectos, como ley penal. Sin embargo, y precisamente para dar solución a las cuestiones planteadas en relación a la sucesión de normas (legales o no) extrapenales «reconvertidas» en ley penal al complementar un tipo penal, alguna doctrina, con argumentos «materiales» —es decir, fundamentados en criterios de Política Criminal o de *justicia*— han puesto en tela de juicio la imperativa necesidad de aplicar siempre de forma retroactiva la norma extrapenal complementaria más benigna⁶⁴. El tema ha sido analizado profusamente por la doctrina alemana y española y, la opinión mayoritaria, si bien con argumentos no asentados totalmente, pone de manifiesto la insatisfacción jurídica que genera la aplicación retroactiva de la norma de complemento más favorable en casos de leyes penales en blanco, por lo que, para evitar tratar como *lex mitior* a la norma complementaria se traen a colación cuestiones relacionadas con la temporalidad de las leyes —considerando a la norma administrativa de complemento como ley temporal—, con el contenido esencial del tipo de injusto, etc.

Oculto tras el debate, aparentemente formal, de la aplicación retroactiva de la norma objeto de reenvío y, de forma indirecta, de en qué supuestos puede elevarse a la categoría de ley penal —problema que es precisamente el que aquí se trata—, subyace una cuestión de mayor trascendencia para el sistema penal cual es el de las tensiones contrarias a un principio de legalidad garantista en sentido clásico, fundamentado en la división de poderes, y que, entre otras manifestaciones, es palpable en la presión subyacente para convertir en fuente originaria del Derecho penal la Jurisprudencia del Tribunal Su-

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las Leyes en Blanco», cit., pp. 423 ss.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., pp. 31 ss.

⁶⁵ En cierta medida, tras la incorporación de España al Estatuto de Roma de 1998 por el que se aprueba la Corte Penal Internacional, hemos incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico, al menos en relación a dicho Tribunal, un modelo de creación del Derecho Penal ciertamente más alejado del principio de legalidad penal que el que impone la Constitución española de 1978 en su art. 117.1 CE, y donde la interpretación creativa de la Jurisprudencia juega un papel esencial. Con otros ejemplos es-

premo⁶⁵, pero también en la extensión de la competencia de instituciones territoriales no estatales (Ayuntamientos y Comunidades Autónomas) con la cesión de aspectos relevantes del *Ius puniendi* por parte del Estado, o su resistencia —la de aquellas instituciones— para cumplir o hacer cumplir las sentencias de los Tribunales de Justicia amparándose en el poder democrático que otorgan los votos.

5. La posibilidad de aplicación retroactiva de la norma de planeamiento en el art. 319 CP

I. El art. 319 CP nació lastrado por la ineficacia. El CP de 1995, que regulaba por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico el delito urbanístico, hacía depender la tipicidad de la conducta, en el primer apartado del art. 319 CP, de que la construcción no estuviera autorizada (es decir, no contara con autorización), y en el segundo párrafo de que la construcción (edificación) no fuera autorizable, con la finalidad de dejar fuera del tipo las edificaciones que, ilegales en el momento de su ejecución, pudieran ser legalizadas en un futuro —al menos estas eran las pretensiones de la Enmienda Transaccional del Grupo Socialista en el Senado, que fue introducida sobre la base de una Enmienda del Grupo CIU⁶⁶—. La introducción de la cláusula de lo «no autorizable» con las pretensiones indicadas, no tuvo demasiada buena acogida en la doctrina⁶⁷, que trató de vincular el concepto de «no autorizable» al momento de la realización de la infracción⁶⁸. Sin embargo, las críticas fueron suavizándose y se empezó a extender la opinión de que la ulterior legalización debía ser aplicada retroactivamente⁶⁹; más aún, se propugnó la necesidad de acabar

pecíficos de nuestro sistema penal, críticamente, puede verse ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, cit., pp. 180 ss.

⁶⁶ Puede verse un resumen de la tramitación parlamentaria en GORRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio*, Valencia, 2003, pp. 149 a 157. Específicamente para esta cuestión, p. 154, nota 346.

⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, cit., p. 249 afirmaba que «es una de las expresiones menos afortunadas del código» y VERCHER NOGUERA, A., «Delitos contra la ordenación del territorio» en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico* (IV), 5, Madrid, 1996, p. 533, consideraba que atenta contra los principios de seguridad y certeza.

⁶⁸ GARCÍA ARAN, M./LOPEZ GARRIDO, D., *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 159.

⁶⁹ Puede verse, entre otros ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Barcelona, 1999, pp. 249 y 282; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 185 con notas; O DE LA MATA BARRANCO, N., «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y al Urbanismo», en *Fundamentos de Derecho urbanístico*, Tomo II, 2ª ed., Navarra,

con la expresión «no autorizada» del primer párrafo⁷⁰ para ser sustituida por la de «no autorizable» del segundo⁷¹, cosa que efectivamente ha hecho el Legislador de 2010 con el aplauso de parte de la doctrina⁷². Por su lado algunos tribunales aplican una peculiar máxima según la cual será «no autorizable lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado»⁷³ de forma que cuando es posible la legalización futura, la conducta no puede ser considerada típica⁷⁴. Más aún, alguna sentencia no ha tenido empacho en considerar atípica una conducta de construcción no autorizable cuando se conoce que el cambio de planeamiento es inminente y convertirá a la edificación en «autorizable»⁷⁵ —aunque tal cambio aún no se haya producido—.

2009, p. 1306. Tras la reforma, GORRIZ ROYO, E., «Ordenación del Territorio: Rúbrica Título XVI CP, arts. 319 y 320 CP», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2010*, de F.J. Álvarez García y J.L. González Cussac (dir.), Valencia, 2010, p. 371.

⁷⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del Derecho comparado» en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* de N. de la Mata Barranco (dir.), Oñate, 1998, p. 215; del mismo, «Delitos relativos a la ordenación del Territorio en el nuevo Código penal de 1995», en *AP*, núm. 15, 1998; p. 320, con doctrina en contra, donde ya admite que la ulterior legalización excluirá la tipicidad de la conducta.

⁷¹ Puede verse, con los argumentos y citas de las distintas posiciones doctrinales BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 137. Todos los argumentos utilizados para *contra legem* argumentar la «reconversión» de lo «no autorizado» en «no autorizable» y, por tanto, en legalizable, parten de una configuración teórica del bien jurídico protegido no completamente elaborada y que tiene dificultades para describir su contenido valorativo. Como consecuencia parece existir la necesidad de justificar que estos delitos «no son meramente formales» y que su eficacia o función no consiste meramente en el «refuerzo de la normativa administrativa».

⁷² ACALE SÁNCHEZ, M «Ordenación del Territorio: Rúbrica Título XVI CP, arts. 319 y 320 CP», en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, cit., p. 334; GORRIZ ROYO, E «Ordenación del Territorio: Rúbrica Título XVI CP, arts. 319 y 320 CP», cit. P. 371.

⁷³ SAP Valencia (Sec. 1^ª) 265/2000, de 19 de octubre.

⁷⁴ Véase citando numerosa jurisprudencia DÍAZ MANZANERA, J.L. «El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente (1)» en *La Ley Digital* 2368/2006.

⁷⁵ SAP de Ciudad Real de 25 de noviembre de 2005. En cualquier caso, la jurisprudencia es francamente restrictiva a la hora de interpretar el concepto de «autorizable» sea por la vía de permitir la exclusión de la tipicidad como el ya visto, sea por razones de índole material. En este sentido es significativa la exposición de la SAP Almería (Sec. 2^ª), 119/2008, de 7 de mayo: «Sobre el concepto de edificación autorizable existe discrepancia entre las Audiencias Provinciales, pues, como señala la A. P de Jaén en sentencia de 18-1-2007, «dos son las posturas existentes, la primera de la que podemos citar como exponente la SAP Castellón de 30 enero 2006 mantiene que la falta de autorización sin más en el momento de iniciar la construcción, supone que la acción es típica, independientemente de que fuese o no autorizada ex post, no pudiendo equipararse el término «no autorizada» que utiliza el precepto, al de «no autorizable» utilizado por el n.º 2 del mismo pero referido tan sólo a suelo «no urbanizable», pues en definitiva el legislador

II. La posibilidad de aplicación retroactiva como ley más beneficiosa para el reo (*lex mitior*) de nuevas normas de planeamiento urbanístico que permite *ex novo* autorizar edificaciones hasta ese momento no autorizables (o, respecto de la ausencia de autorización, la posterior legalización o autorización *ex post*) se fundamenta doctrinalmente en el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico. El argumento viene a ser: si el Derecho Administrativo urbanístico, que es el encargado de velar por la ordenación del territorio permite la construcción (hasta ese momento no autorizable o sin autorización) una vez realizada esta (legalización), el Derecho Penal no puede seguir sancionando la conducta puesto que, según la nueva regulación administrativa, ya no sería punible. *Ergo*, la legalización *ex post* surte efectos retroactivos.

En esta línea el Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) 395/2004, de 19 octubre, considera que el art. 319.2 CP contiene una ley penal en blanco que cumple los requisitos constitucionales. Al analizar la constitucionalidad del art. 319.2 CP por vulneración del principio de seguridad, se plantea si la extensión del tipo puede llevar a situaciones de desigualdad y arbitrariedad en situaciones de «*sucesión de planeamientos y recalificaciones que podrían provocar la sanción de una conducta por construcción en terreno rústico que con escaso margen temporal sea calificado como urbanizable*»(...) «*cuestión resoluble a través de la aplicación retroactiva de las normas que resultaran más favorables, por lo que no cabe apreciar su relevancia a los efectos del principio de seguridad jurídica*».

Esta postura parte de un presupuesto dogmático discutible: tratar como ley penal en blanco los tipos penales contenidos en el art. 319

ha querido dar más protección a ciertos espacios naturales, no soto a través de posibilitar pena mayor, sino también no haciendo depender la tipicidad de eventuales legalizaciones posteriores, en el entendimiento de que las construcciones allí realizadas serán por lo general ilegalizables, y es por ello que en el mismo precepto utiliza esas dos expresiones diferentes («no autorizada» por un lado, y «autorizable» por otro), con diverso alcance interpretativo, y resulta inadmisibile —mantiene la sentencia— que fuere un lapsus cuando las emplea correlativamente para suelos diferentes y con respuesta punitiva diferenciada, y (...) un segundo sector de las Audiencias Provinciales, entre las que cabe citar la SAP Madrid de 31 mayo 2005 y cuyo planteamiento se expone con detalle en la SAP Baleares de 14 julio 2003, parte de que es indudable que el ámbito del Derecho penal tan sólo se han tratado de incluir aquellos comportamientos infractores de la regulación administrativa de mayor entidad o severidad, como parece ponerse de manifiesto por la tipología descrita en los dos párrafos del mismo precepto del capítulo (suelo de especial valor o protegido/no urbanizable), Tal consideración fue efectuada ya por la STS de 26-7-01 declarando que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben tener «per se» un contenido de gravedad suficiente, debiendo alcanzar el atentado contra el bien jurídico protegido por la norma penal, entidad suficiente para justificar su aplicación.»

CP⁷⁶ y, en concreto, los elementos típicos «sin autorización» —del primer párrafo anterior a la reforma de 2010— y «no autorizable». Efectivamente, la aplicación retroactiva de la ley más beneficiosa para el reo —es decir, el reconocimiento de efectos retroactivos a la legalización o modificación favorable para el sujeto activo del planeamiento urbanístico— deriva de aplicar el principio, propio de las leyes penales en blanco, según el cual la norma complementaria (administrativa) integra la ley penal y, como consecuencia, rigen también para ella, en cuanto que ley penal, los principios de irretroactividad y la excepción de retroactividad para la ley más favorable.

Es cierto que la aplicación retroactiva de la ley más favorable ha sido cuestionada por TIEDEMANN⁷⁷ o en España por SILVA SÁNCHEZ⁷⁸ que distinguen dos supuestos distintos: en el primero, la ley penal en blanco remite directamente a una norma administrativa, en cuyo

⁷⁶ Esta es la posición unánime de la doctrina. Entre otros muchos expresamente tratan como ley penal en blanco el art. 319.1 y 2 CP: ACALE SÁNCHEZ, M., «Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* n.º 223, 2006, p.107 y 109; ampliamente BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 192, con bibliografía (nota 572); GARCÍA RIVAS, N., «El principio de legalidad en el Derecho penal económico» en <http://www.cienciaspenales.net>, p. 7; PÉREZ MARTOS, J., «La interpretación y aplicación del Derecho administrativo y del Derecho penal en los delitos contra la ordenación del territorio. Consideraciones a propósito de la Sentencia 509/2006, de 13 julio, del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Almería», en *Práctica Urbanística*, n.º 73, 2008, p. 50, (también en *La Ley Digital* 28354/2008); SALINERO ALONSO, C., «Delitos contra la ordenación del territorio» en *La Ley Digital* 11930/2001, p. 3; URRAZA ABAD, J., «Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales (1)» en AP 2001-2, versión digital, LA LEY 3349/2001, p. 9. Con una terminología original —«parcialmente en blanco»— lo califica DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995» en AP (1998), p. 288 a 290. Con referencias jurisprudenciales, puede verse MENDO ESTRELLA, A., «Delito «ecológico» y norma penal en blanco. La STC de 9 de octubre de 2006: ¿una nueva orientación?» en *La Ley Digital*, 64/2008. Igualmente puede admitirse que el art. 320 CP sí contiene una remisión expresa a una ley extrapenal y que, por tanto, tiene la estructura de una ley penal en blanco («haya informado favorablemente proyecto de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes...»), según la redacción anterior a la reforma introducida por LO 5/2010, de 23 de junio, o «contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes» tras la reforma de 2010. Puede verse, en este sentido CONS GARCÍA, J., «Tipos penales en blanco: ¿puede ser delito lo que no es infracción administrativa?», en *La Ley Digital*, 5456/2005.

⁷⁷ Véase TIEDEMANN, K., «Blankettstrafgesetze» en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 1990, pp. 1 ss.

⁷⁸ Sobre la evolución y el tratamiento de la retroactividad en las leyes penales en blanco, entre otros muchos, puede verse SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las Leyes en Blanco», cit., pp. 438 ss.

caso integraría la ley penal y debería ser aplicada retroactivamente en caso de que fuera más favorable; en el segundo, la ley penal en blanco no remite a una norma administrativa, sino a sus *efectos*, y, dado que los efectos ya se han producido y siguen vigentes cuando se produce la sucesión de normas administrativas, la nueva norma más favorable no debe ser aplicada retroactivamente⁷⁹.

Desde otra perspectiva POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER tratan de evitar la aplicación retroactiva de la norma extrapenal de planeamiento afirmando que «*cuando se trata la cuestión de la retroactividad penal favorable, la normativa extrapenal a la que se remiten los tipos no puede valorarse igual que la propia legislación penal, si no se pretende dejar de modo general en manos de las autoridades administrativas la destipificación de conductas. La solución más razonable en este punto es atender a si el cambio en la normativa extrapenal supone un cambio en la valoración de la conducta antes considerada delictiva o no, que afecte al contenido de injusto del delito. Sólo entonces cabrá hablar de retroactividad favorable*»⁸⁰. Como consecuencia, si el cambio de planeamiento no modifica la valoración jurídica, no cabría la aplicación retroactiva y como «los acuerdos de una comisión municipal no varían la valoración penal de las conductas de construcción ilegal»⁸¹, no puede ser aplicada retroactivamente la normativa administrativa que cambia el planeamiento. Para estos autores, el criterio para determinar la aplicación retroactiva de la norma a la que remite el tipo penal sería «la afectación al núcleo del injusto del hecho». Ahora bien, ¿qué criterio es el que determina cuándo una modificación normativa afecta a dicho núcleo? Más aún, ¿cuál es el núcleo del injusto del hecho? Teniendo en cuenta que en quince años la doctrina no ha acabado de ponerse de acuerdo en torno a una definición del contenido del bien jurídico protegido, y que la Jurisprudencia, que parece más uniforme, utiliza uno u otro concepto según las circunstancias⁸², tratar de resolver estas cuestiones puede ser tarea ímproba y, por tanto, este criterio material poco seguro.

Sin negar la validez del criterio de Política Criminal que sostiene a estas posiciones, la argumentación no es plenamente satisfactoria

⁷⁹ Sobre las posiciones en Alemania, véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, cit., pp. 129 ss.

⁸⁰ POZUELO PÉREZ, L./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Demolición o comiso» en *La Ley Digital 16271/2008*, p. 7. (*Diario La Ley* n.º 6948, de 19 de mayo de 2008).

⁸¹ POZUELO PÉREZ, L./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Demolición o comiso», cit., p. 7.

⁸² DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «Acceso al Territorio y Medio Ambiente. (Comentario de Jurisprudencia en torno al bien jurídico protegido en el art. 319 del Código Penal)», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 24, 2010, pp. 89 ss.

por cuanto que encierra una excepción (fundamentada solo materialmente)⁸³ a una regla de funcionamiento del propio sistema penal (la regla general de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable), según la cual en cualquier supuesto la ley penal posterior más benigna se aplica retroactivamente y, a estos efectos, se considera ley penal a las normas extrapenales que en virtud de la remisión normativa contenida en una ley penal en blanco integran el supuesto de hecho de un tipo penal. Y no porque no sea atinado el intento de orientar la solución dogmática a la obtención de unas consecuencias político-criminales aceptables o convenientes, sino porque este tipo de argumentaciones hacen depender de criterios valorativos (y materiales) la decisión en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley penal o no, ampliando con ello el margen de discrecionalidad judicial —y también el de la inseguridad jurídica— sin establecer criterios claros, predefinidos y fácilmente perceptibles.

Como consecuencia, los efectos político-criminalmente deseables (es decir, que la modificación del planeamiento posterior a la conducta no implique la «atipicidad sobrevenida») no pueden conseguirse rompiendo las reglas de funcionamiento del sistema.

III. Ya hemos visto los problemas que plantea la ley penal en blanco, técnica legislativa por la que el tipo penal (ley penal) remite un aspecto aparentemente no sustancial del supuesto de hecho a una norma extrapenal. Este, sin embargo, no es el caso del art. 319 CP⁸⁴. Más aún: si comparamos el tipo del art. 319 CP con otros que sí contienen leyes penales en blanco, por ejemplo con el art. 305 CP⁸⁵ o el art. 325 CP⁸⁶, observamos que ambos tipos son estructuralmente distintos⁸⁷.

El art. 319 CP contiene una remisión de carácter material⁸⁸ y no expresa que se efectúa por vía interpretativa de un elemento norma-

⁸³ Es decir, en función de criterios teleológicos o de soluciones «correctas» desde la perspectiva de lo justo.

⁸⁴ En contra, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995» en *AP* (1998), pp. 309 ss. y BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, cit., pp. 94 ss.

⁸⁵ Así, STC (Sala Segunda), 57/2010, 4 de octubre.

⁸⁶ Y de hecho, este es el precepto utilizado por MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 112 para explicar el concepto de ley penal en blanco.

⁸⁷ También sobre una ley penal en blanco «modelo» véase la STC (Pleno) 34/2005, de 17 febrero.

⁸⁸ También DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., p. 77, considera que las remisiones normativas puede afectar a elementos normativos y descriptivos del tipo.

tivo del tipo (autorizable) que requiere acudir al Derecho administrativo (en su conjunto y no solo a la norma de planeamiento) para fijar su significado en el caso concreto. El término «autorizable» es un elemento normativo del tipo porque exige un juicio de valoración jurídica del Juez basado en argumentos (o criterios) jurídicos (interpretación integradora). Pero no se trata de una ley penal en blanco por cuanto que el art. 319 CP ni realiza una cesión *in toto* al Ordenamiento administrativo, ni exige que el juez acuda a una concreta (o concretas) normas extrapenales para delimitar el supuesto de hecho⁸⁹.

⁸⁹ Es especialmente interesante la STC (Pleno) 24/2004, de 24 febrero en relación con el art. 563 CP y el elemento «armas prohibidas». Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado sostienen que el art. 563 CP contiene una ley penal en blanco y centran el debate en la cuestión de si viola las exigencias constitucionales de legitimidad de las normas penales en blanco, dada la amplitud de la remisión (armas prohibidas) que puede dar lugar, incluso, a una remisión en cadena. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, sin negar explícitamente que el art. 563 CP contenga una ley penal en blanco, en ningún momento se refiere al mismo como «ley penal en blanco». Por el contrario afirma que: *«Por tanto, nos encontramos ante un precepto con carácter de Ley orgánica (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, gozando de tal carácter todos los preceptos excepto los señalados en la disposición final sexta), en el que la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (armas prohibidas) cuyo significado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas»*. Sigue el TC afirmando que *«Sentado lo anterior, y partiendo de que la mera existencia de un elemento normativo no vulneraría, formalmente, la reserva de Ley orgánica respecto de las normas penales que establecen penas privativas de libertad, hemos de examinar ahora si desde la perspectiva material se cumplen las exigencias inherentes al principio de legalidad. Dado que el tipo se configura esencialmente en torno a un elemento normativo, por definición ello implica la referencia a normas cuyo posible conocimiento resulta indispensable para poder precisar el significado y alcance de dicho elemento y cuyo contenido pasa a integrar el tipo penal, contribuyendo a la configuración del hecho punible»*.

En resumen: el Tribunal Constitucional afirma que el art. 563 CP contiene un elemento normativo que, a su vez, porta una remisión normativa. A partir de aquí desarrolla una labor interpretativa tendente a determinar cuál es el contenido de la expresión «armas prohibidas», revisando las diversas normas administrativas implicadas (*«elemento normativo, por definición ello implica la referencia a normas cuyo posible conocimiento resulta indispensable para poder precisar el significado y alcance de dicho elemento»*) para, a continuación, «integrar» dichas normas en el tipo penal (*«cuyo contenido pasa a integrar el tipo penal, contribuyendo a la configuración del hecho punible»*). Finalmente, resuelve el problema por vía interpretativa, con autonomía respecto de la normativa administrativa y utilizando la regulación administrativa como mera orientación en la interpretación. De todo ello se deduce que nuestro Tribunal Constitucional, con menos rigor del que cabría esperar, acaba tratando, de hecho, a la expresión «armas prohibidas» del art. 563 CP como un elemento normativo (que contiene una remisión material que cumple funciones interpretativas) y no como una ley penal en blanco. En mi opinión, en el art. 319 CP en relación con la interpretación de la expresión «urbanización, construcción o edificación no autori-

Pues bien, dado que la normativa administrativa no puede ser considerada norma complementaria en el sentido de las leyes penales en blanco y que, por tanto, no integra el tipo (art. 319. 1 ó 2 CP), no puede ser considerada «ley penal» a los efectos de aplicación de los principios de legalidad, de taxatividad y demás garantías de ellos derivadas. En consecuencia, nos encontramos ante meros elementos normativos típicos que exigen para su correcta intelección que el interprete «busque el significado de los términos en» la normativa administrativa, mas no nos hallamos ante una remisión o reenvío formal como es propio de las leyes penales en blanco. Por lo tanto, el contenido del tipo del art. 319 CP y la valoración de la conducta (llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable) no se ve afectado por el principio de retroactividad de la *lex mitior* en caso de sucesión legislativa de la norma administrativa. Y específicamente la norma administrativa de planeamiento no es «elevada a la categoría» de ley penal como consecuencia de su integración en una ley penal y, por tanto, no puede ser aplicada retroactivamente. O lo que es lo mismo: la ulterior legalización no evita o impide la consideración de típica de la conducta de llevar a cabo una construcción no autorizable en el momento de la realización.

Este argumento, de carácter estructural, tiene su fundamento material en la función y sentido jurídico actual del principio de legalidad, como garantía de objetividad⁹⁰ y generalidad en el sentido de que el principio de legalidad en su moderna concepción significa la subordinación de todos los poderes públicos a las leyes generales y abstractas dictadas según criterios de racionalidad y generalidad⁹¹. Entre otras, el principio de legalidad y la prohibición de irretroactividad de la ley penal tratan de evitar que se legisle a «golpe de actualidad». El principio de legalidad se fundamenta racionalmente en la necesidad de que las leyes penales no se dicten respondiendo a casos concretos y para supuestos determinados. La ley penal, en este sentido, incorpora una garantía de objetividad derivada de la presunción de racionalidad y no arbitrariedad de las leyes democráticas procedimentalmente correctas⁹². Y, por ello —por la enunciada preten-

zable» nos encontramos ante idénticos problemas. No se trata de una ley penal en blanco (de serlo, no cumpliría ninguna de las exigencias y limitaciones que les impone el Tribunal Constitucional) sino de un elemento que exige un juicio normativo (que implica a diversas normas ajenas al Derecho penal) para determinar su significado.

⁹⁰ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., 1995, p. 95.

⁹¹ DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de Ley*, Madrid, 2000, p. 62.

⁹² Por su proceso de formación la Constitución democrática sustancial se convierte en el factor legitimador del proceso legislativo correcto, y otorga, como derivación

sión de racionalidad y ausencia de arbitrariedad—, también la interpretación jurídica se encuentra limitada (más allá del tenor literal) por la obligación de proponer resultados sistemáticamente correctos y que cierren el paso al abuso del derecho. El principio de retroactividad, más allá del no siempre objetivable criterio de la necesidad de pena⁹³, cede allí donde quiebre la garantía de objetividad entendida como garantía de racionalidad de la norma al margen de individuos o situaciones concretas. Pues bien, admitir que la posterior legalización *ad hoc* tuviere efectos retroactivos quiebra con la racionalidad objetiva del sistema, especialmente si la ley penal o sus efectos punitivos son modificados por entidades sin capacidad legislativa penal (Ayuntamientos) para beneficiar a una persona, o en situaciones concretas para reaccionar frente al Derecho Penal⁹⁴.

Pero, además, si la posterior «legalización *ad hoc*» o la posterior convalidación (con fines de beneficiar específicamente a una persona o a un grupo de ellas) tuviera efecto retroactivos significaría, además, quebrar el principio de Juridicidad⁹⁵. Este principio sistemático esencialmente unido al principio de unidad del Ordenamiento jurídico y derivado del principio de Legalidad, impone la exigencia de actuar conforme a Derecho —proscribiendo los abusos de derecho— y prohíbe toda conducta antijurídica⁹⁶.

Una vez salvado el principio de aplicación retroactiva de la *lex mitior* no hay inconveniente en reconocer que el elemento típico «no autorizable», como elemento normativo del tipo hace referencia no a una norma o precepto administrativo sino a los efectos de la norma-

de su «racionalidad» y su «validez», la pretensión de racionalidad y validez normativa; en una palabra: legitima a toda norma jurídica que haya sido dictada de acuerdo con el procedimiento establecido en la propia Constitución. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2004, p. 177.

⁹³ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las Leyes en Blanco», cit., p. 428.

⁹⁴ Como argumento incidental cabe alegar la doctrina jurisprudencial asentada en relación al principio de legalidad en materia sancionadora según la cual el art. 25.1 CE proscribía toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio. En este sentido, recordando sentencias anteriores puede verse la STC (Sala Primera) 81/2009, de 23 marzo. Más específicamente, la STC (Sala Primera), 283/2006, de 9 de octubre proscribía la remisión normativa en cadena, entendiéndose por tal aquella según la cual la norma «reclamada» por el tipo penal a su vez remite (expresamente o no) a otras normas de rango inferior, y, entre todas ellas debe determinarse el contenido de la prohibición.

⁹⁵ El principio de juridicidad está recogido expresamente en algunas constituciones como la española en el art. 9 CE «ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

⁹⁶ DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de Ley*, cit., p. 63.

tiva administrativa. El tipo del art. 319 CP, en este sentido, lo que trata de evitar —tipifica— es «construir» en una situación jurídica tal que esa construcción no pueda ser autorizada (no es autorizabile) por las razones típicas en el momento de la realización de la acción. Y esta situación jurídica, en la que se fundamenta la tipicidad, no se ve alterada por la ulterior legalización, de modo que coexisten argumentos dogmáticos y de Política Criminal para negar la aplicación retroactiva del cambio legislativo que legaliza la construcción típica.

Bien es cierto que estos criterios de Política Criminal dependen estrechamente de una determinada concepción del bien jurídico protegido en el art. 319 CP, concepción que permite afirmar que el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico no puede servir a la pretensión de fundamentar la consideración como ley penal de la normativa administrativa o derivar de ella la exención de la pena, porque el tipo del art. 319 CP no tiene como finalidad proteger una concreta distribución o atribución de usos del territorio o de un modelo de desarrollo urbanístico concreto, sino que lo que protege son las posiciones de igualdad (y los intereses subyacentes) de todos los ciudadanos frente a la distribución de bienes que realiza el planeamiento y en el acceso al territorio⁹⁷. Por eso, a efectos penales, lo significativo es la usurpación «actual» de derechos y bienes que implica la infracción de la prohibición absoluta de construir que subyace a la etiqueta de «no autorizabile», por lo que la ulterior modificación del planeamiento que «legaliza» una construcción no incide ni aminora los efectos de la usurpación y, por tanto, no afecta al desvalor que fundamenta el injusto.

Desde esta perspectiva de Política Criminal, la opción interpretativa que admite la aplicación retroactiva como ley más beneficiosa de la legalización es, simplemente, intolerable. No solo porque rompe el principio político de separación de poderes o implica la cesión del *Ius puniendi* a los Ayuntamientos, sino porque acaba con la credibilidad del sistema penal que ve sus determinaciones convertidas en agua de borrajas por el acuerdo de un grupo de concejales⁹⁸, con lo que se

⁹⁷ DE LA CUESTA AGUADO, P.M. «Acceso al Territorio y Medio Ambiente. (Comentario de Jurisprudencia en torno al bien jurídico protegido en el art. 319 del Código Penal)», cit., pp. 89 ss.

⁹⁸ Ha sido criticada por la doctrina cómo la expansión del Poder Judicial tiende a reducir los espacios de decisión de las instituciones político-representativas (GUARNIERI, C./PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, trad. De M. A. Ruiz de Azua, Madrid, 1999, p. 9). En este supuesto más bien parecería que la jurisprudencia se alía con ciertas instituciones (Ayuntamientos) en contra del respeto del principio de legalidad. Esta situación es especialmente preocupante si se tiene en

anulan los efectos preventivos de los tipos penales del art. 319 CP y se convierte a la reforma del planeamiento en un factor criminógeno de primer orden, instaurando el principio práctico que podríamos enunciar como «delincamos que ya nos legalizarán»⁹⁹.

Llegados a este punto, es preciso afirmar, en contra de la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria hasta el momento, que la peor de las opciones desde la perspectiva del Estado de Derecho y de la protección del urbanismo y el territorio, es la del Legislador de 2010. La vinculación de la tipicidad de la conducta al acto administrativo —entendido como elemento descriptivo, aunque lo mismo vale para quienes lo consideran elemento normativo—, pese a los inconvenientes que presenta, no solo facilita al justiciable el reconocimiento inmediato e indubitado de la conducta típica (actuar sin licencia), sino que pone de manifiesto la imposibilidad de «recomponer» por la vía de los votos situaciones típicamente antijurídicas. Más aún, el supuesto carácter excesivamente formal del tipo vinculado al acto administrativo (accesoriedad del acto) no es tal salvo que, como sucede en la mayoría de los autores que critican esta técnica legislativa, la delimitación del concepto de bien jurídico protegido sea también meramente formal. Es decir, es la insatisfactoria definición del contenido de lesividad material que subyace al bien jurídico «ordenación del territorio (y urbanismo)» lo que hace parecer formal la remisión al acto administrativo. Pero si concebimos el bien jurídico protegido como síntesis valorativa de los reales y nocivos efectos para la sociedad derivados de la apropiación injusta y la usurpación

cuenta que los índices de corrupción en España son mayores en Ayuntamientos y Comunidades Autónomas que en la administración central, entre otros motivos, porque el número de funcionarios de acceso general —personal estable cuyo puesto de trabajo que no depende del poder político— es mayor. Junto a ello la exposición a riesgos de corrupción derivados del control sobre el suelo que corresponde a los Ayuntamientos, o lo que es lo mismo a los responsables políticos de las entidades locales, incrementa el riesgo de infracción de la voluntad general manifestada en las leyes. Si a esta situación de menor control de legalidad y mayor riesgo de infracción se une una deliberada dejación de funciones por parte del Legislador —quizá con la idea de «deslegalizar» la regulación del territorio para de esa forma «tener las manos libres» en otras instancias, llámense Parlamentos regionales o Ayuntamientos— y la connivencia de los Tribunales que admiten —de una forma insólita en Derecho— como fuente de Derecho incluso la *voluntas legislatoris* de los Ayuntamientos, el resultado final es una parcela del Derecho totalmente desregulada donde impera la anomia y la ley del más fuerte (económicamente hablando) o del más corrupto.

⁹⁹ Caso paradigmático es la Ley de Cantabria 6/2010, de 30 de julio, *de Medidas Urgentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo*, dictada con la intención de que los Ayuntamientos puedan realizar modificaciones puntuales del planeamiento que permitan evitar derribos firmes dictados por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

de los bienes y valores asociados al territorio y al urbanismo, no cabe duda de la necesidad de intervención penal engarzada pero no vinculada, coordinada, pero no dependiente con el ejercicio de la actividad administrativa, a la que la Constitución ha encomendado el papel de árbitro y diseñador del modelo de distribución social y económica de tales bienes y valores.